

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

C/2447/2005

ACJC/136/2008

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre d'appel en matière de baux et loyers

AUDIENCE DU LUNDI 4 FEVRIER 2008

Entre

X_____ SA, appelante d'un jugement rendu par le Tribunal des baux et loyers le 13 mars 2007, comparant par Me François HADDAD, avocat, boulevard Helvétique 29, case postale 3223, 1211 Genève 3, en l'étude duquel elle fait élection de domicile,

d'une part

et

Y_____, intimé, comparant par Me Mike HORNUNG, avocat, place du Bourg-de-Four 9, 1204 Genève, en l'étude duquel il fait élection de domicile,

d'autre part,

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du

EN FAIT

- A.** Par acte déposé au greffe de la Cour le 20 avril 2007, X_____ SA appelle du jugement rendu par le Tribunal des baux et loyers le 13 mars 2007, communiqué aux parties le 20 mars 2007, déclarant valable le congé notifié le 6 janvier 2005 à X_____ SA pour le 28 février 2005 portant sur une arcade commerciale d'environ 45m2 située au rez-de-chaussée de l'immeuble sis rue _____ à Genève et déboutant les parties de toutes autres conclusions.

L'appelante conclut à ce que la Cour annule le jugement susmentionné et constate que le congé notifié à X_____ SA le 6 janvier 2005 n'est pas valable et annule celui-ci.

A l'appui de ses conclusions, X_____ SA expose que les conditions à la résiliation anticipée de bail ne sont pas réalisées, dès lors que le bailleur n'aurait pas adressé formellement de protestation écrite et que la locataire n'aurait en fait pas violé le bail. En outre, il n'existerait pas de sous-location et même si celle-ci devait être admise, le bailleur aurait dû l'autoriser.

Y_____ conclut pour sa part à la confirmation du jugement querellé.

- B.** Les faits suivants résultent du dossier :

a. En date du 11 novembre 2003, A_____ SA, propriétaire, et X_____ SA, locataire, ont conclu un contrat de bail à loyer portant sur la location d'une arcade de 45m2 environ située au rez-de-chaussée de l'immeuble sis rue _____ à Genève. Les locaux étaient destinés à l'exploitation d'un café-restaurant.

Le bail a été conclu pour une durée de cinq ans à compter du 1^{er} décembre 2003, se renouvelant ensuite d'année en année.

Le loyer annuel initial, réputé adapté à l'indice officiel suisse des prix à la consommation, a été fixé à 13'800 fr., charges non comprises.

Aux termes des clauses particulières de ce contrat, la locataire est autorisée à faire exécuter à ses frais et après approbation de la régie, les travaux d'aménagement qu'elle désire, aucune indemnité ne pouvant être réclamée au bailleur par la locataire en cas de départ de cette dernière.

b. A compter du 1^{er} mai 2004, X_____ SA a remis l'exploitation du fonds de commerce en gérance libre aux époux B_____ (ci-après : les gérants). Ce contrat a été conclu pour une durée de deux ans.

Par courrier du 8 juillet 2004, la locataire a sollicité de la régie C_____, représentante du bailleur de l'époque, l'autorisation d'exploiter un bar à champagne.

Aucune réponse écrite n'a été communiquée, l'employé en charge de l'immeuble auprès de cette régie, entendu dans le cadre de la présente procédure, s'étant contenté d'inviter la locataire à se renseigner auprès de la nouvelle régie qui serait en charge du dossier à l'avenir. Il n'a pas acquiescé à la demande de la locataire.

Depuis l'été 2004, les locaux ont été exploités par le gérant susmentionné sous l'enseigne « S_____ ».

c. Dans le courant de l'été 2004, Y_____ (ci-après : le bailleur) a acquis la propriété de l'immeuble considéré.

En date du 9 novembre 2004, la nouvelle régie en charge de l'immeuble où est située l'arcade louée, à savoir D_____, a adressé un courrier à la locataire. Selon les termes de ce courrier, elle demandait une ultime fois à la locataire de se rendre dans ses bureaux en vue de fournir des explications au sujet de la sous-location non autorisée dans les locaux de X_____ SA. Il était précisé que faute d'agir comme demandé, le bail serait résilié.

Par avis officiel du 6 janvier 2005, la représentante du bailleur a résilié le bail liant à X_____ SA pour le 28 février 2005. Cet avis ne mentionnait pas le motif de la résiliation.

d. La locataire a saisi la Commission de conciliation en matière de baux et loyers d'une requête en annulation de congé et en prolongation de bail le 3 février 2005. Elle a alors conclu principalement à ce que le congé soit annulé et subsidiairement à l'octroi d'une prolongation de bail échéant au 28 février 2011. A titre plus subsidiaire, elle a conclu à la condamnation du bailleur au versement d'une indemnité de 50'000 fr. pour des travaux réalisés dans les locaux. A l'appui de ses conclusions, la locataire a exposé que le congé contrevenait aux règles de la bonne foi, le bailleur ayant accepté la modification de la destination des locaux.

La tentative de conciliation du 29 septembre 2005 s'étant soldée par un échec, la locataire a saisi le Tribunal des baux et loyers de cette requête en annulation du congé et prolongation de bail le 4 octobre 2005.

Le Tribunal des baux et loyers ayant imparti au bailleur un délai pour répondre, ce dernier a déposé un mémoire-réponse le 23 novembre 2005. Le bailleur a alors conclu au déboutement de la locataire, invoquant que ni le changement de destination des locaux ni la sous-location n'avaient été autorisés, lui-même en ayant eu connaissance en octobre 2004. La résiliation était donc fondée par le

souhait du bailleur de ne pas voir exploiter dans les locaux dont il est propriétaire un bar à champagne.

Dans ses écritures du 2 décembre 2005, la locataire a persisté dans ses précédentes conclusions, sollicitant pour le surplus un transport sur place.

e. Par ordonnance du 13 décembre 2005, le Tribunal des baux et loyers a ordonné l'ouverture des enquêtes. Neuf témoins ont ainsi été entendus lors des audiences des 7 mars, 23 mai et 31 octobre 2006.

Il ressort des déclarations des témoins E_____ et F_____, respectivement fondé de pouvoir de l'ancienne régie de l'immeuble et réviseur de la locataire, que la représentante de l'ancien propriétaire n'avait pas donné son accord à un changement d'affectation des locaux en vue de l'exploitation d'un bar à champagne. Le premier témoin cité a d'ailleurs précisé que tout accord se donnait par écrit.

La témoin B_____, gérante de l'enseigne S_____, a pour sa part indiqué n'avoir jamais eu de contact avec la régie et avoir effectué des travaux d'aménagement dans les locaux. Elle a précisé avoir exploité l'arcade sous forme de bar à champagne. Il a ensuite été mis un terme à cette activité, un représentant de la régie s'étant rendu dans cette arcade, ayant exprimé que cette façon de procéder ne convenait pas et qu'il souhaitait reprendre possession de l'arcade. Au début de l'année 2006, époque de son audition, elle exploitait cette arcade sous la forme d'un bar à sandwich.

Il ressort des déclarations des témoins G_____ et H_____, toutes deux serveuses au bar S_____, qu'elles ne servent qu'à boire aux clients, précisant qu'il ne s'agissait pas d'un bar à champagne. Elles ont ajouté que les locaux étaient meublés avec des tables et des canapés pour boire un verre tranquillement et qu'il n'existait aucun paravent ni « coin discret » dans le bar.

Les témoins I_____, J_____ et K_____, amis plus ou moins proches du bailleur, se sont rendus au bar S_____ en septembre 2005. A cette occasion, ils ont pu constater que l'établissement ne contenait pas de machine à café. Pour deux des trois témoins, il s'agissait à l'évidence d'un bar avec des hôteses.

Enfin, le témoin L_____, détective privé mandaté par le bailleur, a affirmé s'être rendu dans les locaux loués en mai 2006. A cette occasion, il a pu constater qu'il s'agissait d'un bar à champagne et que l'établissement était sombre. A la demande d'une des hôteses présentes, il lui a offert une coupe de champagne et celle-ci lui a proposé des prestations à caractère sexuel contre des sommes d'argent allant de 100 fr. à 350 fr. L'hôtesse lui a même proposé de s'isoler dans un endroit discret des locaux.

f. Dans ses écritures du 1^{er} décembre 2006, le bailleur a persisté dans ses précédentes conclusions, rappelant que la résiliation notifiée était motivée par la sous-location non autorisée, voire par le changement d'affectation des locaux en un bar à champagne.

Lors de l'audience de plaidoiries du 12 décembre 2006, M_____ assisté de N_____, directrice de X_____ S.A avec signature collective à deux, a indiqué au Tribunal des baux et loyers que, depuis juin 2006, il exploitait lui-même l'arcade sous forme de snack-bar, le contrat de gérance ayant été résilié au 31 mai 2006.

Au terme de cette audience, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1. L'appel est recevable pour avoir été déposé selon la forme et dans le délai prescrits (art. 443 et 444 LPC).

C'est l'objet de chaque cause qui détermine pour chacune d'entre elles la compétence du Tribunal des baux et loyer de statuer en premier ou dernier ressort (ACJ n° 106 du 16.06.86 M. c/ B.). Dès lors que le litige porte sur la validité d'une résiliation de bail, le Tribunal a statué en premier ressort au sens de l'art. 56P LOJ (ACJ n° 69 du 28.04.86 V. c/ SA X.). La Cour revoit donc la cause librement; sous réserve de l'immutabilité du litige, elle peut connaître de nouvelles conclusions, de nouveaux allégués et de nouvelles preuves (BERTOSSA/GAILLARD/GUYET/SCHMIDT, Commentaire de la loi de procédure civile genevoise, n. 15 ad art. 291 LPC, n. 2 ad art. 445 LPC).

2. L'appelante soutient que l'intimé ne serait pas en droit d'invoquer l'absence d'autorisation de sous-louer puisqu'il ne s'agirait pas d'une sous-location, mais d'un contrat de gérance libre.

Le bail à ferme se distingue du bail à loyer par l'objet du contrat. Le bailleur ne cède pas à son cocontractant l'usage de n'importe quelle chose, mais l'usage d'un bien ou d'un droit productif, dont le fermier peut percevoir les fruits ou les produits (art. 275 CO). Il y a bail à ferme notamment lorsque le bailleur cède l'exploitation d'une entreprise entièrement équipée, c'est-à-dire d'un outil de production; en revanche, il faut retenir la qualification de bail à loyer s'il cède des locaux qu'il appartient au cocontractant d'aménager pour en faire une entreprise productive (ATF 128 III 419 du 19 août 2002).

La sous-location est un contrat de bail à loyer ou à ferme à part entière, indépendant du bail principal, auquel il vient se superposer pour former une combinaison de deux ou plusieurs contrats « à étage », une « chaîne de contrats ». L'objet de la sous-location n'est pas nécessairement le même que celui du bail. La

sous-location peut par exemple porter seulement sur une des pièces d'un logement ou une partie d'un local commercial. Par ailleurs, le locataire peut prétendre à une rémunération pour les prestations supplémentaires fournies au sous-locataire (mobilier, services, clientèles, etc; LACHAT, *Le bail à loyer*, Lausanne 1997, p. 378, 379).

3. En l'espèce, le contrat de gérance libre conclu entre l'appelante et les époux B_____ doit être qualifié de contrat de bail à ferme non agricole puisqu'il en a toutes les caractéristiques. Cette qualification se révèle cependant sans incidence pour retenir ou non l'existence d'une sous-location. Celle-ci est avérée, que ce contrat relève du bail à loyer ou du bail à ferme non agricole. La notion de sous-location doit être admise de manière large, même lorsqu'elle ne porte que sur une partie des locaux. A fortiori, il convient de retenir l'existence d'une sous-location lorsque le locataire cède l'usage des locaux inclus dans la remise d'une entreprise équipée. Force est donc d'admettre l'existence d'un contrat de sous-location et il doit dès lors être examiné si celle-ci fonde dans le cas concret la résiliation de bail notifiée.
4. Lorsque le maintien du bail est devenu insupportable pour le bailleur ou les personnes habitant la maison parce que le locataire, nonobstant une protestation écrite du bailleur, persiste à enfreindre son devoir de diligence ou à manquer d'égard envers les voisins, le bailleur peut résilier le contrat avec effet immédiat; les baux d'habitations et de locaux commerciaux peuvent être résiliés moyennant un délai de congé minimum de 30 jours pour la fin d'un mois (art. 257f al. 3 CO).

La résiliation anticipée du bail en vertu de l'art. 257f al. 3 CO présuppose l'envoi d'une protestation écrite du bailleur qui a pour but de faire cesser une violation en cours et d'en empêcher une nouvelle; elle doit indiquer précisément l'obligation violée par le locataire car celui-ci doit savoir ce qui lui est reproché afin de modifier son comportement ou prendre les mesures qui s'imposent (USPI, *Commentaire du bail à loyer*, Genève 1992, n° 42 et 45 ad art. 257f). La résiliation présuppose en outre que cette protestation soit suivie d'une nouvelle violation (USPI, *op. cit.*, n° 42 ad art. 257f; LACHAT, *Le bail à loyer*, 1997, p. 431) et que le maintien du contrat soit insupportable pour le bailleur ou pour les autres habitants de l'immeuble (Message du Conseil fédéral du 27 mars 1985, FF 1985 I p. 1369 ss, n° 421-104 p. 1410; LACHAT, *op. cit.*, p. 432; ACJ n° 206 du 20.9.93 P. c/ S.).

La résiliation anticipée peut éventuellement intervenir lorsque le locataire sous-loue la chose sans l'autorisation du bailleur. Toutefois, l'art. 262 al. 2 CO ne permet au bailleur de refuser son consentement à la sous-location que dans certaines circonstances; par conséquent, une sous-location dénuée de l'autorisation préalable ne peut justifier la résiliation anticipée du contrat principal

que si le bailleur est en droit de s'opposer à la sous-location (Arrêt du Tribunal fédéral du 4 septembre 2007, 4A-217/2007 et les réf. citées).

Le bailleur peut refuser son consentement à la sous-location notamment si le locataire refuse de lui communiquer les conditions de la sous-location ou si la sous-location présente des inconvénients majeurs pour le bailleur (art. 262 al. 2 let a et c CO). Constitue un inconvénient majeur la modification de manière sensible de la destination des locaux (LACHAT, op. cit. p.379).

Même lorsque celle-ci présente des inconvénients majeurs pour le bailleur et que ce dernier est donc autorisé à refuser son accord selon l'art. 262 al. 2 CO, il faut encore que la sous-location rende le maintien du bail insupportable, aux termes de l'art. 257f al. 3 CO, pour lui ou pour les habitants de la maison, pour que la résiliation anticipée soit admissible (Arrêt du Tribunal fédéral du 4 septembre 2007, 4A-217/2007 et les réf. citées).

Que le maintien du bail soit insupportable pour le bailleur signifie qu'on ne puisse raisonnablement exiger du bailleur qu'il laisse le locataire disposer des locaux. Rendre le maintien du contrat insupportable suppose une certaine gravité au manquement reproché au locataire, lequel s'examine en fonction de l'ensemble des circonstances concrètes du cas d'espèce, le juge disposant du pouvoir d'appréciation en la matière (LACHAT, op. cit. p. 432; Arrêt du Tribunal fédéral du 31 octobre 2007 4A-296/2007 et les réf. citées).

5. In casu, il est établi que le locataire a sous-loué les locaux sans l'autorisation de l'actuel bailleur ou du précédent propriétaire. On rappellera que le bailleur s'est rapidement enquis des conditions de la sous-location auprès de la locataire sans que cette dernière ne lui communique une quelconque information en la matière jusqu'à ce que la présente procédure soit pendante. L'intimé a de surcroît formulé son opposition à une éventuelle sous-location et au changement de destination des locaux. En outre, la sous-location mise en place par l'appelante présente des inconvénients majeurs pour l'intimé, puisque la destination des locaux a été modifiée de manière notable, ceux-ci n'étant plus exploités sous la forme d'un café-restaurant mais sous celle d'un bar à champagne. Or, l'exploitation d'un tel établissement ne correspond pas à la destination des locaux telle qu'elle a été prévue dans le contrat de bail du 11 novembre 2003. En effet, l'activité qui a lieu dans ce type d'établissement et les nuisances qui peuvent en découler diffèrent notablement de celles concernant un café-restaurant.

La mise en demeure adressée par le bailleur à la locataire le 9 novembre 2004 remplit les conditions de forme de la protestation écrite au sens de l'art. 257f al. 3 CO. A la lecture de ce document, on comprend que le bailleur entend s'opposer à la sous-location et on constate que la mise en demeure est assortie d'une menace de résiliation, de sorte que cette condition est également réalisée.

Enfin, la locataire a manqué à ses obligations à plusieurs reprises. En effet, l'appelante a sous-loué les locaux sans autorisation et modifié la destination de ceux-ci de manière significative. Elle a ensuite maintenu pendant près de deux ans cette modification de la destination des locaux contre l'avis clairement exprimé du bailleur. De plus, des travaux dont le coût dépasse 30'000 fr. ont été réalisés dans les locaux au vu et au su de la locataire sans que cette dernière une fois encore ne sollicite l'autorisation du bailleur. Le comportement de la locataire consistant à agir de manière unilatérale et réitérée sans en référer au bailleur, qu'elle dût le faire en vertu de la loi ou du contrat de bail, rend le maintien du bail insupportable pour le bailleur. On ne saurait donc imposer à ce dernier qu'il laisse les locaux à disposition de l'appelante à l'avenir. Par conséquent, la résiliation est fondée et ne saurait être annulée.

Le jugement sera donc en tous points confirmé.

6. L'appelante qui succombe devra s'acquitter d'un émolument d'appel (art. 447 al. 2 LPC).
7. S'agissant de la valeur litigieuse devant la Cour de justice pour un congé donné dans le cadre d'un bail de durée indéterminée avec renouvellement tacite, elle correspondra à 276'000 fr., soit le montant annuel du loyer multiplié par vingt (art. 51 al. 4 LTF).

* * * * *

PAR CES MOTIFS,

LA COUR :

A la forme :

Déclare recevable l'appel interjeté par X_____ SA contre le jugement JTBL/196/2007 rendu le 13 mars 2007 par le Tribunal des baux et loyers dans la cause C/2447/2005-3-B.

Au fond :

Confirme ce jugement.

Condamne X_____ SA à verser à l'Etat de Genève un émolument d'appel de 300 fr.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Siégeant :

Monsieur François CHAIX, président; Mesdames Marguerite JACOT-DES-COMBES et Florence KRAUSKOPF, juges; Messieurs Bertrand REICH et Olivier LUTZ, juges assesseurs; Madame Muriel REHFUSS, greffier.

Le président :

François CHAIX

Le greffier :

Muriel REHFUSS

Indication des voies de recours :

Conformément aux art. 72 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF; RS 173.110), le présent arrêt peut être porté dans les trente jours qui suivent sa notification avec expédition complète (art. 100 al. 1 LTF) par devant le Tribunal fédéral par la voie du recours en matière civile.

Le recours doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14.

Valeur litigieuse des conclusions pécuniaires au sens de la LTF supérieure ou égale à 15'000 fr.